

Sygn. akt: KIO 1595/12

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez **Bickhard Bau Polska Sp. z o.o., ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jugów, ul. Główna 149, 57-450 Ludwikowice Kłodzkie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano Instalacyjne BIN-POL Z. Atanowski, Cz. Ślufik Spółka Jawna, ul. Kombatantów 2, 58-302 Wałbrzych oraz PUH KONKRET M. Ciechanowicz, Z. Klimczak Spółka Jawna, ul. Kasztanowa 4B, 58-300 Wałbrzych**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Bickhard Bau Polska Sp. z o.o., ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bickhard Bau Polska Sp. z o.o., ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jugów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę drogi leśnej nr 14 w leśnictwie Przygórze, Kalenica – zadanie II i III”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 czerwca 2012 r. pod nr 137967– 2012.

W postępowaniu tym wykonawca Bickhard Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siechnicach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Informacja o powyższych czynnościach została przekazana Odwołującemu mailem w dniu 23 lipca 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 lipca 2012 r.

W dniu 30 lipca 2012 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 27 lipca 2012 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano Instalacyjne BIN-POL Z. Atanowski, Cz. Ślufik Spółka Jawna oraz PUH KONKRET M. Ciechanowicz, Z. Klimczak Spółka Jawna z siedzibą w Wałbrzychu (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 9 sierpnia 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Czynnościami objętymi odwołaniem były wskazane przez Odwołującego:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności wskutek odrzucenia oferty Odwołującego, która spełniała wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i winna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ,
- 2) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp wskutek podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie nieprecyzyjnych zapisów SIWZ, a nie treści ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,
- 4) naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez żądanie od wykonawców przedstawienia dokumentów w zakresie szerszym niż wynikający ze wskazanych przepisów.

Odwołujący się wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty Przystępującego,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz wybranie oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zakwestionował odrzucenie swojej oferty, wskazując, że powód uznania oferty za niezgodną z SIWZ został bezpodstawnie przyjęty przez Zamawiającego. Podkreślił, że treść SIWZ nie pozostawiała wątpliwości, iż rzeczowy i ilościowy zakres robót określony został w kosztorysie ślepy, na podstawie którego wykonawcy mieli sporządzić kosztorys ofertowy, co wynikało bezpośrednio z treści pkt II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - gdzie Zamawiający wskazał, iż: „Rzeczowy i ilościowy

zakres robót określony został w dokumentacji technicznej oraz kosztorysie ślepy, na podstawie którego Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy". Wskazał na zapisy pkt IV SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał zamknięty katalog żądanych od wykonawców dokumentów, wśród których nie wymienia się kosztorysu ofertowego. Podkreślił, że Zamawiający na każdym etapie procedury udzielania zamówienia publicznego może weryfikować złożone oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też zgodności treści oferty z SIWZ, ale żaden z przepisów ustawy Pzp nie reguluje powyższej kwestii w sposób, który uniemożliwiłaby ocenę oferty w procesie badania i oceny ofert, aż do jego finału - wyboru oferty najkorzystniejszej bądź też unieważnienia postępowania. Tymczasem Zamawiający w jego ocenie nie dokonał prawidłowej weryfikacji oferty złożonej przez Odwołującego pod względem jej zgodności z SIWZ. Odwołujący powołał się na orzecznictwo wskazujące na to, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy/usługi nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia; sprzeczność treści oferty z SIWZ musi zaś mieć charakter materialny a nieformalny, co przejawia się tym, iż oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego, tj. nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia. Ponadto wskazał, iż podczas badania ofert Zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko informacje zawarte w ofercie, ale także musi mieć na względzie całość informacji pochodzących ze wszystkich innych źródeł.

Odwołujący powołał się na treść pkt VI SIWZ - Sposób przygotowania oferty – gdzie Zamawiający w pkt 2 wskazał, iż: *„określona cena wykonania zamówienia na Formularzu Oferty powinna wynikać i być zgodna z wyliczeniem kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy stanowi integralną część złożonej oferty*". Podkreślił, iż Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane treścią SIWZ dokumenty, a w szczególności, Odwołujący przedłożył także kosztorys ofertowy sporządzony (zgodnie z zapisami pkt II SIWZ) na podstawie kosztorysu ślepego sporządzonego przez Zamawiającego. Wskazał, że określona przez niego cena wykonania zamówienia na Formularzu Oferty wynikała i była ponadto zgodna z wyliczeniem kosztorysu ofertowego. Podkreślił, że wskazywana przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego, czyli nie ujawnienie w kosztorysie ofertowym wszystkich składników cenotwórczych, jak również cen jednostkowych materiałów sprzętu i maszyn, znalazła swe odzwierciedlenie w zapisach SIWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny ofertowej (pkt XII SIWZ). Odwołujący zaś dokonał obliczenia ceny w sposób wskazany przez Zamawiającego w treści przedmiotowego punktu SIWZ, jednak nie wyszczególnił w przedłożonym kosztorysie ofertowym poszczególnych składników cenotwórczych. W ocenie Odwołującego jednak, nie miał on takiego obowiązku zgodnie z treścią zapisów SIWZ, a brak powyższego obowiązku wynika także z treści formularza oferty przygotowanego przez Zamawiającego,

gdzie zawarł on następując zapis: „Cena zgodnie z przedłożonym przez Zamawiającego zakresem robót określonym w kosztorysie ślepyim”. Odwołujący powołał się także na zapisy wzoru umowy, jaka miała być zawarta z wykonawcą, który wygra przetarg zawarte w § 11, gdzie Zamawiający wskazał: „Strony ustalają za wykonanie prac wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości ... zł brutto. Kwota ta obejmuje wszystkie roboty, materiały i koszty niezbędne do bezusterkowego wykonania zakresu robót określonych w projekcie, łącznie z kosztami nieprzewidzianymi a koniecznymi do poniesienia w celu realizacji inwestycji godnie ze sztuką budowlaną”. Powyższe – zdaniem Odwołującego - oznacza, że Zamawiający określił w treści SIWZ wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, jak również dokumenty, jakie mają służyć zbadaniu spełnienia tych wymagań. Odwołujący powołał się także na art. 25 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego winien on wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Według Odwołującego analiza treści jego oferty prowadzi do wniosku, iż wypełnił on wszystkie przesłanki określone w SIWZ i brak było podstaw do jej odrzucenia. Podkreślił też, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeśli została ona sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazywał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli oferta rozumiana jako oświadczenie woli realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ jest w jakiejś części niezgodna z owymi warunkami. Podkreślił, że wymagania stawiane przez Zamawiającego w spornym zakresie wykraczają poza katalog dokumentów wykazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił, iż w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe na co jednoznacznie wskazał Zamawiający w treści SIWZ, a co oznacza, że kosztorys będzie miał charakter informacyjny tj. pomocniczy na etapie rozliczeń z wykonawcą, czyli będzie miał on znaczenie (ale jedynie pomocnicze) dopiero po zawarciu umowy na realizację zamówienia, na etapie jej rozliczenia. Jeżeli zaś wymóg załączenia kosztorysu ofertowego służy tylko celom informacyjnym, nie można z powodu nieściśłości w kosztorysie stosować sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu również okoliczności, że cena

w myśl SIWZ ma charakter ryczałtowy.

Powołując się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt II Ca 1355/05 oraz orzecznictwo KIO wskazał, że przy ustalonym w postępowaniu wynagrodzeniu ryczałtowym, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. Odwołujący podkreślił, że bezp.-ornie kosztorys ofertowy był wymagany w SIWZ i Odwołujący załączył go i prawidłowo ustalił ceny oraz stawki za poszczególne roboty zgodnie z SIWZ. Kosztorys ofertowy zaś miał dostarczyć Zamawiającemu istotnych informacji, służyć do kontroli postępu robót i zakresu ich fakturowania.

Według Odwołującego, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie go do uzupełnienia dokumentu kosztorysu ofertowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie określonym art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy Pzp, w odniesieniu do spełnienia przedmiotowych wymagań Zamawiającego skosztorysowania przedmiotu zamówienia

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz zaprezentowaną tam argumentację. Dodatkowo wskazał na okoliczność, iż kosztorysy ślepe zostały przedstawione przez Zamawiającego w dwóch wersjach i on w swojej ofercie skorzystał z jednej z nich. Podkreślił, że dokument udostępniany przez Zamawiającego, który przedstawił on także w toku rozprawy zawierał tytuł „Kosztorys ślepy...”, mający odniesienie do całego dokumentu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Wskazał także na zapisy pkt XII ust. 2 SIWZ, które - w jego ocenie - wyraźnie wskazywały na konieczność sporządzenia pełnego kosztorysu ofertowego. Podkreślił, że udzielił odpowiedzi (pismo z dnia 5 lipca 2012 r.) na zapytanie do SIWZ z dnia 3 lipca 2012 r. (pytanie nr 9), wskazując, że kosztorys ofertowy musi być zgodny z kosztorysem ślepym, a wszelkie niezgodności zaś będą traktowane jako niezgodność z SIWZ. Wskazał, że wymóg w SIWZ dotyczący sporządzenia i przedłożenia kosztorysu ofertowego był Zamawiającemu potrzebny dla rzetelnego porównania ofert pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny, gdyż ewentualne wątpliwości w tym zakresie mogłyby być rozstrzygnięte właśnie w oparciu o kosztorys. Zamawiający podkreślił też, że kosztorys ofertowy jest elementem obliczenia ceny, a zatem elementem oferty i nie jest to dokument, który mógłby podlegać uzupełnieniu.

Zamawiający w toku rozprawy przedłożył kosztorys ślepy dotyczący zadania nr III stanowiący załącznik do SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko popierając w pełni Zamawiającego i dodatkowo wskazując, że kosztorys Odwołującego załączony do oferty był z pewnością sporządzony w oparciu o kosztorys ślepy, przygotowany przez Zamawiającego, jednakże wykonawca ten nie dołączył istotnych elementów kosztorysu potwierdzających koszty robocizny, materiału, sprzętu, zysku, kosztów ogólnych czy ewentualnie kosztów zaopatrzenia, a tych elementów Zamawiający wymagał, zgodnie z treścią kosztorysu ślepego. Podkreślił, że kosztorys ofertowy może mieć praktyczne znaczenie dla Zamawiającego także przy ryczałtowym wynagrodzeniu, np. w przypadku zerwania realizacji umowy w toku prac. Podkreśla, że Zamawiający nie rozszerzał katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ kosztorys ofertowy jest elementem treści oferty, a nie dokumentem, o którym mowa we wskazanym przepisie, stąd też w odniesieniu do kosztorysu nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił również, że dla specjalisty w zamówieniach na roboty budowlane powinno być oczywistym, co oznacza sporządzenie kosztorysu pełnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba stwierdziła jednak, że nie jest uprawniona do merytorycznego rozpoznawania niektórych zarzutów odwołania z racji tego, że stanowią one wypełnienie dyspozycji art. 189

ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu odwołanie dotyczące innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wartości progów unijnych. Przywołany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje dla zamówień o mniejszej wartości (poniżej wartości progów unijnych) ograniczoną, do ściśle określonych w tym przepisie czynności, możliwość zaskarżenia w trybie odwoławczym, tj. do czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca zatem przewidział, że w zamówieniach o mniejszej wartości nie istnieje możliwość podnoszenia zarzutów dotyczących innych czynności poza wyżej wymienionymi, w tym zarzutów dotyczących zaniechania przez Zamawiającego żądania uzupełniania oświadczeń i dokumentów. Wskazane przepisy nie przewidują zatem możliwości zaskarżenia innej czynności Zamawiającej odnoszącej się do oferty Odwołującego takiej jak wezwanie do uzupełniania dokumentów. Wykonawca w takim postępowaniu posiada uprawnienie do zaskarżenia co najwyżej skutków takiego wezwania do uzupełniania dokumentów, tj. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź odrzucenia jego oferty. Tylko zatem w tym zakresie (odrzucenie oferty Odwołującego) złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie, co w niniejszej sprawie Izba uczyniła.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności odrzucenia jego oferty. Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano Instalacyjne BIN-POL Z. Atanowski, Cz. Ślufik Spółka Jawna oraz PUH KONKRET M. Ciechanowicz, Z. Klimczak Spółka Jawna z siedzibą w Wałbrzychu do

przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uwagi na wypełnienie wszystkich przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 26 czerwca 2012 r. W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający wydzielił dwa etapy zadań (zadanie nr II i III) objętych przedmiotem zamówienia. Co do wymogów odnoszących się do kosztorysu Zamawiający w pkt II.1 SIWZ wskazał m.in., że rzeczowy i ilościowy zakres robót został przez Zamawiającego określony w dokumentacji technicznej oraz kosztorysie ślepy, na podstawie którego wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy. W pkt VI.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że określona cena wykonania zamówienia na formularzu ofertowym powinna wynikać i być zgodna z wyliczeniem kosztorysu ofertowego, ten zaś stanowi integralną część złożonej oferty. W pkt XII SIWZ Zamawiający określił wymogi dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej, wskazując tam m.in., że cena ofertowa powinna obejmować wynagrodzenie za wszystkie obowiązki wykonawcy dla zrealizowania zadania zgodnie z dokumentacją i kosztorysem ślepy. Zamawiający wskazał też, że dla potrzeb obliczenia ceny ofertowej podanej w formularzu ofertowym wykonawca powinien przygotować kosztorys ofertowy, który powinien być tak sporządzony, aby ujawniał wszystkie składniki cenotwórcze, jak również ceny jednostkowe zastosowanych materiałów, sprzętu i maszyn – kosztorys pełny. W § 11 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) Zamawiający wskazał na wynagrodzenie ryczałtowe ustalone dla wykonania przedmiotowego zamówienia. W załączniku nr 1 do SIWZ, tj. we wzorze formularza ofertowego Zamawiający wymagał określenia ceny ofertowej za całość zamówienia, „zgodnie z przedłożonym przez Zamawiającego zakresem robót określonym w kosztorysie ślepy”. Załącznik nr 6 do SIWZ stanowił kosztorys ślepy. Kosztorys ten został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego w wersji nieedytowalnej (PDF). Zamawiający udostępnił też wykonawcom wersję edytowalną kosztorysu ślepego (Norma). Kosztorys ślepy dla zadania III zawierał 24 strony, z czego na stronach od 1 do 5 zamieszczono obmiar z wyszczególnieniem 52 pozycji. Na dalszych stronach dokumentu – od str. 6 zamieszczono kosztorys zawierający także 52 pozycje z obmiaru ze wskazaniem

rozbicia w opisie poszczególnych pozycji na takie elementy, jak: obmiar, robocizna (R), materiały (M) i sprzęt (S) odpowiednio w zależności od pozycji kosztorysu.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytania do SIWZ w piśmie z dnia 5 lipca 2012 r. W ramach tych odpowiedzi na zapytanie wykonawcy: „Zamawiający w niektórych pozycjach dokonał w kosztorysie ślepych ich modyfikacji polegającej na zmianie nakładów R, M i S. Czy należy ściśle trzymać się dokonanych zmian?” w pkt nr 9 Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Tak – kosztorys ofertowy musi być zgodny z kosztorysem ślepych. Wszelkie niezgodności będą traktowane jako niezgodne z SIWZ”.

W terminie na składanie ofert, tj. do dnia 11 lipca 2012 r., do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Odwołujący do swojej oferty na str. 52-57 załączył kosztorys ofertowy dla obydwu zadań (zadanie nr II i zadanie nr III). Załączony kosztorys dla zadania nr II odnosił się do 50 pozycji, zaś kosztorys dla zadania nr III odnosił się do 52 pozycji. W opisie pozycji załączonego do oferty kosztorysu wskazano na zakres prac wymienionych w kosztorysie ślepych wraz z obmiarem. Kosztorys nie zawiera kosztów materiału, robocizny i sprzętu.

Zamawiający pismem z dnia 23 lipca 2012 r. przesłanym do wykonawców mailem poinformował m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu – oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na niewłaściwe złożone kosztorysy ofertowe. W uzasadnieniu swojej decyzji powołał się na zapis SIWZ z pkt XII ust. 2, podnosząc, że złożone kosztorysy ofertowe zawierały jedynie ceny jednostkowe bez ujawniania cen materiałów, sprzętu, kosztów i ceny robocizny.

Odwołujący wobec powyższych czynności Zamawiającego złożył odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że postanowienia SIWZ, uwzględniając kompleksowe jej zapisy, określają bezwzględny wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz dołączenia go do oferty. Tak zapisy dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej, jak i postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowienia formalne dotyczące sposobu przygotowania oferty – zdaniem Izby – formułują dla wykonawców wymóg sporządzenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kosztorysu ofertowego. Zamawiający wyraźnie oczekiwał od wykonawców dołączenia tego kosztorysu do oferty, na co w sposób bezwzględny wskazuje przede wszystkim postanowienie zawarte w pkt VI.2 SIWZ, które stanowi, że kosztorys ofertowy stanowi integralną część złożonej oferty. Na

konieczność dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wskazywał zresztą sam Odwołujący w treści odwołania, podając jedynie nieistotność tego dokumentu.

Bezsporną okolicznością w sprawie był również charakter wynagrodzenia przyjęty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pomędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym nie było wątpliwości, że Zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia umownego, co potwierdzały także postanowienia SIWZ i jej załączników, w tym przede wszystkim wzoru umowy.

Izba podziela cytowane przez Odwołującego orzecznictwo w sprawie zamówień publicznych, wskazujące, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy co do zasady nie ma istotnego znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i dla wykonania zamówienia na roboty budowlane. W każdym jednak postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, również w takim, w którym zamawiający przyjmuje ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający może sformułować określone wymagania dotyczące treści oferty, sposobu realizacji zamówienia, czy też sposobu obliczenia ceny, które będą adekwatne do jego potrzeb, możliwości i zamierzeń związanych z prawidłową weryfikacją ofert złożonych w postępowaniu, czy też wykonaniem zamówienia. Zamawiający w szczególności przy zamówieniu na wykonanie robót budowlanych może oczekiwać od wykonawców konkretnego wyszczególnienia prac objętych przedmiotem zamówienia w formie kosztorysowego zestawienia tych robót z ich jednostkową wyceną. Istotne jest, aby w zamówieniach, w których przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia umownego – w szczególności w związku z regulacją § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072), który to przepis zwalnia zamawiającego z obowiązku formułowania przedmiaru robót w postępowaniu, w którym przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia umownego - zamawiający w SIWZ w sposób wyraźny określił wymóg przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Konkretnie postanowienia SIWZ w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą nadawać takiemu kosztorysowi bądź walor nieistotnego dokumentu z punktu widzenia treści oferty, bądź też walor dokumentu, który stanowi treść oferty.

W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający - pomimo przyjętego ryczałtowego wynagrodzenia umownego – nadał żądanemu w SIWZ kosztorysowi ofertowemu walor treści oferty. Zamawiający w szczególności w postanowieniach SIWZ dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny

ofertowej określił w sposób wyraźny wymogi dotyczące kosztorysu ofertowego dla celów weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej przez wykonawcę w postępowaniu. Cena ofertowa niewątpliwie stanowi treść oferty wykonawcy w związku z powyższym skoro w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający określił w tym zakresie wymogi SIWZ dla wykonawców, ich niespełnienie musi być traktowane jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Nie bez znaczenia jest także w tym przypadku udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na zapytanie do treści SIWZ, w której Zamawiający wyraźnie wskazał, w jaki sposób będzie traktował niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią kosztorysu ślepego, tj. jako niezgodności z SIWZ. Tym samym powyższe również wskazuje na walor dokumentu – kosztorysu ofertowego – jaki miał on w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – był on traktowany jako treść oferty. Tym samym sprzeczność z wymogami SIWZ w tym zakresie stanowi podstawę do uznania, że oferta wykonawcy niegodna z wymogami SIWZ co do kosztorysu ofertowego podlega odrzuceniu w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Sprzeczność ta nie podlega poprawieniu w przedmiotowym postępowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (Izba zobowiązana jest tę okoliczność zweryfikować w kontekście brzmienia przesłanki do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), bowiem ewentualne poprawienie oferty Odwołującego musiałyby być poprzedzone niedopuszczalnymi negocjacjami z wykonawcą prowadzonymi z nim przez Zamawiającego, które sprowadzałyby się *de facto* do złożenia przez Odwołującego nowego kosztorysu ofertowego. Tymczasem dokument ten jako treść oferty nie podlega uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że skoro Odwołujący przedłożył wraz ze swoją ofertą kosztorys ofertowy, który nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie jego elementów składowych podlegających weryfikacji Zamawiającego w kontekście prawidłowości obliczenia ceny ofertowej (koszty robocizny, materiałów, sprzętu), to w sposób bezpośredni wskazuje na sprzeczność treści oferty Odwołującego co do podstaw ustalania ceny ofertowej z treścią SIWZ. Powyższe ma w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szczególne znaczenie wobec ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na poziomie: 4 247 644,10 zł netto (protokół postępowania pkt 2.2) i wartości ceny w ofercie Odwołującego na poziomie: 2 929 859,64 zł brutto (str. 1 oferty).

Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ Izba nie miała wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców sporządzenia kosztorysu pełnego z podaniem wskazanych powyżej elementów składowych stanowiących podstawę dla ustalenia ceny ofertowej w postępowaniu (pkt XII.2 SIWZ). Przekazane wykonawcom przez Zamawiającego dokumenty (kosztorys ślepe) także wskazują na taki wymóg SIWZ. Izba nie może zgodzić się z Odwołującym, że sporządził on kosztorys ofertowy zgodnie z „pierwszą częścią” kosztorysu ślepego

przekazanego wykonawcom. Złożony przez Odwołującego kosztorys ofertowy nie stanowi bynajmniej odzwierciedlenia obmiaru przekazanego wykonawcom w ramach kosztorysu ślepego. Niezależnie jednak od powyższego oczywistym dla tego typu zamówień (zamówienia na roboty budowlane) powinno być, że jeśli Zamawiający w SIWZ wymaga dołączenia kosztorysu pełnego z wyraźnym wskazaniem konieczności wyodrębnienia w tym kosztorysie kosztów materiałów, robocizny i sprzętu, to taki kosztorys powinien zawierać wszystkie wskazane pozycje i obmiar udostępniony także przez Zamawiającego wykonawcom takiego wymogu nie będzie wypełniał. Powyższe, w szczególności przy profesjonalnym charakterze działalności, jaki prowadzą również przedsiębiorcy ubiegający się o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, nie powinno być niezrozumiałe.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego. Stosownie do dyspozycji § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia zasada jest, iż Izba zasądza od strony przegrywającej postępowanie odwoławcze uzasadnione koszty strony postępowania. W przypadku natomiast kosztów uczestnika postępowania odwoławczego, jakim jest Przystępujący, koszty takie mogą być zasądzone przez Izbę jedynie w sytuacji podjęcia przez Izbę określonego rozstrzygnięcia, gdy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca zgłasza sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie mieliśmy do czynienia ze wskazaną wyżej sytuacją.

Przewodniczący: